

POR D.ª MARIA DE VELASCO VIVDA

de Antonio Ximenete, como madre y tutora de ſus hijos, y del dicho Antonio Ximenete, vezinos de la Ciudad de Malaga. En el pleyto

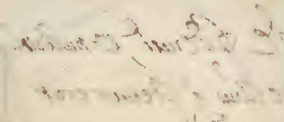
CON

Franciſco Sanchez de Pradena Alcaide que fue de la carcel de la dicha Ciudad.

SOBRE

La eſcritura de fiança, que por Iorge Coxin otorgó el dicho Antonio Ximenete, en fauor del dicho Franciſco Sanchez.

En Granada. Impreſſa por Vicente Aluarez. En la calle del Pan. Año de 1633.





1



OR no auerse hecho memorial, será necessario referir del hecho lo importante, para inteligencia del pleyto, y de lo que se ha de fundar.

2 Parece, que en la Ciudad de Malaga, en 11. de Febrero de 1631. Antonio Ximenete, vezino de ella, haziendo relacion, que en la carcel de Malaga estaua preso Iorge Coxin, de pedimiẽto de sus acreedores, y el dicho Francisco Sanchez de Pradena Alcayde de la carcel lo tenia con grillos, y con muy gran cuydado, y le ha pedido se los quite, y lo dexe andar suelto, y sin prisiones por la dicha carcel, y lo ha tenido por bien, con que lo fie en la forma, que se declarará, otorgò escritura, por la qual le fia con las palabras siguientes.

3 ¶ *Otorgo, q̃ fiaua, y fio a el dicho Iorge Coxin, y se obligò, que el susodicho no se irà, ni ausentarà dela dicha carcel, aunque halle abierta la puerta, y si se fuere, o ausentare, el otorgante lo boluerà a la dicha carcel, y entregarà a el dicho Francisco Sanchez de Pradena, demas de lo qual le pagarà todos los marauedis, que se le siguieren, e recrecieren de daños, por razon dela fuga, que hiziere el dicho Iorge Coxin, y las deudas principales, porque està preso, por todo lo qual, y cada cosa, e parte de ello, le pueda executar, y apremiar el dicho Francisco Sanchez de Pradena, o quiẽ por el fuere parte con su juramento, o de quien su poder, o causa vuiere, en q̃ declare la cantidad de marauedis, que por razon de la dicha fuga se le pidieren, o q̃ pagare, o se temiere pagar, antes que los pague, ni laste.* Y demas desto se obliga, a que si por razon de la fuga del dicho Iorge Coxin, el dicho Frãcisco Sanchez de Pradena estuuiere preso, le pagarà por cada dia quinze reales, por los quales le pueda apremiar, como por el principal.

4 ¶ En 22. de Henero de 632. el dicho Francisco Sanchez de Pradena, en virtud de la dicha escritura, ante el Alcalde Mayor de la dicha Ciudad, pidio execucion contra el dicho Antonio Ximenete, y sus bienes,

bienes, por 12U600. reales, que se deuen a el Licenciado Iuan Florindo, vezino de la Ciudad de Ecija, porque estaua preso el dicho Iorge Coxin, jurando q̃ se temia lastar, y pagar los dichos 12U600. reales de la deuda del dicho Iuan Florindo, y las costas y salarios causados, y que se causaren, y por lo que montaren los dias, que estuuiere en la prision, a razõ de quinze reales cada vno, reseruando vsar en quãto a las demas deudas, porque auia estado preso Iorge Coxin.

5 ¶ Hecha la execucion, y citado de remate Antonio Ximenete, parece murio, por lo qual se opuso a ella la dicha doña Maria de Velasco, como madre y tutora de sus hijos herederos de Antonio Ximenete su padre, pretendiendo se auia de reuocar, y los menores, y sus bienes auian de ser dados por libres, por no auer sucedido el caso, para enque se hizo la fiança, respeto, que no se salio de la carcel Iorge Coxin, y que el dicho Francisco Sanchez lo auia dexado andar fuera de ella, y que no auia lastado cosa alguna, y en qualquier caso, por ser Antonio Ximenete labrador, la fiãça fue ninguna, por lo qual no se podia executar la escritura

6 ¶ Por parte de Francisco Sanchez de Pradena, se replicó, que por auerse ausentado Iorge Coxin auia llegado el caso de la execucion, y que estaua pagando la cantidad, porque la pedia, y era suficiente el recelo que de ello tenia, y que Antonio Ximenete auia sido escriuano publico, y no labrador, y quando lo fuera por auer lleuado interes por la fiança, no le aprouechauan los priuilegios.

7 ¶ El Alcalde Mayor pronunció sentencia de remate, por la cantidad de la execucion, el Iuez acompañado, que por auerlo recusado nombró, la reuocò, y cada vna de las partes ha apelado de la sentencia, q̃ es en su contra, y por las mesmas razones pedido en esta Corte, que se reuoque, y cõfirme la que es en su fauor, y se han hecho prouanças, y está el pleyto sobre esto concluso y visto.

8 ¶ His sic in facto præsupositis, la justicia de doña

doña Maria de Velasco, se diuide y reduze a dos principales fundamentos.

9 ¶ El primero, que no ha llegado, ni sucedido el caso, para en que se hizo la escritura de fiança, ni se han verificado los requisitos necessarios, para que por ella se pueda executar.

10 ¶ El segundo, que fue ninguna, por ser Antonio Ximenete labrador al tiempo que la otorgò; y que esta excepcion es propria de la via executiua, y en cada vno se satisfarà a los que por su parte pondera la contraria.

PRIMVM FVNDAMENTVM.

11 ¶ Este se apoya con vna regla indubitable en derecho, videlicet quod fideiussio est stricti iuris, & vltra in fideiussionis instrumento expressa non extenditur, l. quidquid astringendæ 99. ff. de verbor. obligat. l. blanditus 12. C. de fideiussorib. & ad sola obligationis verba limitari debet, ne extra ea eius effectus extendatur, l. fideiussores 68. §. pro Aurelio, ff. de fideiussorib. l. quæro 54. vbi gloss. verbo. *Aplicentur*, & verb. *Præstabis*, ff. locati, nec de persona ad personam nec de re ad rem, nec de casu ad casum debet prorogari, l. non ab Iudice 64. §. si quis, ff. de iudicijs, l. damni infecti 18. §. si is, ff. de damno infecto, d. l. fideiussores 68. ff. de fideiussorib. quibus locis communiter scribentes. Abb. cons. 75. vol. 2. Alex. cons. 41. in fine, vol. 6. Roland. a Valle, cons. 58. num. 10. vol. 1. Hering. de fideiussorib. cap. 20. §. 26. num. 29. & cap. 24. à nu. 33. licet maior ratio sit in casu omisso, quam in expresso Cephal. cons. 626. num. 11. Surd. decis. 202. nu. 9. quos refert, & sequitur Farinac. decis. 403. num. 1. in fin. tom. 1. nouissimar. quia verba contractus sunt forma ipsius, ita vt nihil addi, vel detrahi possit, vt cum Bald. in l. quoties, num. 4. C. de suis, & legitim. hæredib. resoluit Farinac. decis. 55. num. 1. in fin. tom. 1. in nouissim. & omnia prædicta laté comprobat Domin.

Don Ioan. del Castill. lib. 4. controuers. cap. 59. à num. 41 Serà pues consequencia en nuestro caso precisa, q̃ la fiança, porque se executa solo comprehenda el caso que expressa, y el que sus palabras manifiestan sin admitir extension a otro alguno.

12 ¶ Y todas las de la escritura estan declarando, que la fiança solo se hizo, para en caso que Iorge Coxin se fuesse, o ausentasse de la carcel, aunque la hallasse abierta, por razon de quitarle los grillos, y prisiones con que andaua, vt patet ex eius verbis relatis, supra num. 3. ibi. *Otorgo, que fiaua, y fio a el dicho Iorge Coxin, y se obligò, que el susodicho no se irà, ni ausentarà de la dicha carcel, aunque halle abierta la puerta, y si se fuere, o ausentare, el otorgante lo bolverà a la dicha carcel, y entregarà a el dicho Francisco Sanchez, demas de lo qual le pagarà todos los marauedis, &c.* Y este caso no ha sucedido, porque como consta de las deposiciones de los testigos de doña Maria de Velasco, en la 4. pregunta de la prouança desta instancia el dicho Francisco Sãchez de Pradena dexò salir muchas vezes de la carcel a Iorge Coxin, y andar libremente por la Ciudad, y no hallo que esto se niegue, por parte del Alcayde, imó, q̃ se colige de los dichos de sus testigos, que afirman se fue de la Ciudad de Malaga, y si de ella se ausentò, es caso sucedido por culpa del Alcayde, que por sus particulares fines, y aprouechamientos lo dexò salir, y no preuenido, ni expresso en la fiança, porque esta solo fue para que no se ausentaria, ni iria de la carcel, por andar sin prisiones, & ita ad hunc casum non debet fideiussio prorogari per supradicta, numero antecedenti.

13 ¶ Y para que la escritura se pudiera executar, le incumbe a Francisco Sanchez verificar concluyentemente, que Iorge Coxin se fue y ausentó, y hizo fuga de la carcel, por estar la fiança hecha para este caso, y con estas condiciones, ibi: *No se irà, ni ausentarà de la carcel, y si se fuere, o ausentare,* cum certissimum sit in iure, quod instrumentum conditionale non possit

execu-

executioni mandari, quousque eius casus, & conditiones accidisse, euenisseque indubitanter, & liquidissimé probetur, l. fin. §. Titius, vers. *Sed si steterit conditio duæ puræ sunt*, ff. de vulgar. & pupillar. Roderic. Suarez, in l. post rem iudicatam, limitat. 5. dominus Couarruu. lib. 2. variar. cap. 11. num. 1. Anton. Gomez, in l. 64. Taur. numer. 7. Azeued. in l. 1. titul. 21. lib. 4. Recopilat. num. 35. & 36. Ioan. Gutierrez, lib. 3. practicar. quæst. 39. num. 13. Parlador. lib. 2. cap. fin. 1. part. §. 12. limitat. 5 num. 1. Rodriguez, de execution. cap. 1 artic. 4. num. 31. quia ante earum euentum non nascitur actio, l. cedere diem 213. ff. de verbor. significat. quod sequuntur omnes præcitati authores, secundum quos prædictæ liquidationis, & verificationis omissio ad executionem reuocandã sufficiens est: y assi en nuestro caso procede sin duda la reuocacion de la execucion, pues no solo no se han verificado las condiciones referidas de la escritura, mas no ha sucedido el caso de ella, vt superiori numero dictum extat.

14 ¶ Reconociendo la parte de Francisco Sanchez de Pradena la fuerça deste fundamento, quiere deshazerla con dezir, que Antonio Ximenete recibio preso y encarcelado a Iorge Coxin, y se entregò en el, para tenerlo de manifiesto siempre que se le pidiesse, y que es estilo y costumbre, que el entrego no se ponga en semejantes escrituras, porque no se proceda contra el Alcayde de la carcel, por lo qual aunque le aya dexado salir, fue por estar a cargo, y entregado en el Antonio Ximenete (esta confession de Francisco Sanchez confirma el intento propuesto, de que no sucedio el caso de la fiança, ni se fue de la carcel Iorge Coxin, pues lo dexaua salir el Alcayde.) Y es pretensiõ que no le aprouecha, porque sus testigos en la segunda pregunta de su prouança, donde lo articula, no concluyen el trato, y entrego en que se funda, y no es creyble que passò,

por-

ça se concediera, que no tenia obligacion a guardar al preso (quod minime est dicendum) no se auia de dezir, que pudiesse tener tan graue culpa y dolo en su oficio, que se descuydasse, dandole ocasiõ de que se fuera, que por esta culpa fue por su cuenta y riesgo, d.l.si vt certo, §. si me rogaueris, ibi: *Nisi fugæ præstitit culpam*, ff.commodati: y si a esto se diera lugar, era conceder pacto, por el qual se versara tan mal en su oficio el Alcayde, q̃ se pudiera dezir, que procedia dolosamente, dexando la puerta abierta al preso, cuius generis pactum iure merito improbatur, l.1.§. illud, ff.deposit, l.contractus 23.vers. *Excepto eo*, ff.de regul. iur ad quod facit expressa decisio, text. in l.1. ibi: *Quod si per negligentiam custodum euaserunt lenius puniendos*, ff de effractoribus.

18 ¶ Parece obsta a esta resolucion la de Farinacio de carcerib.& carcerat.quæst.30. nu. 60. donde dize, que el que sale por fiador de vn preso, y se obliga de tuto carcere, y que no se yrà della, està obligado, aunque el preso se vaya por culpa, y mala custodia del Alcayde, y assi no necessita Francisco Sanchez de prouar la custodia que puso en Iorge Coxin, mas sin embargo procede nuestro intento.

19 ¶ Porque se responde, que Farinac.d.nu. 60.habla en caso, que el fiador se obligò, a que el preso no se iria, y lo recibio en custodia y guarda fiandolo de tuto carcere, quia tunc in se fideiussor custodiam assumpsit, & eam custos carceris præstare non tenetur, quod comprobant verb.Farinac. dict.num.60.ibi: *Fideiussorem dederit de tuto carcere, & quod inde non discedet.* Y explicando el mismo Farinacio la fiança de *tuto carcere*, eadem quæst.30.num.182.dize, que es quando se entrega el preso al fiador, el qual se obliga a guardarlo como el mismo Alcayde, dict numer.182. ibi: *Ampliationem non procedere, quando fideiussor non solũ*

pro-

promisiſſet, quod carceratus nõ diſcedet ex aliquõ loco, ſed quando fuerit ſibi idem carceratus traditus in cuſtodiam, tanquã cuſtodi, & ibi prout credo hoc eſſe, quando fideiuſſor promiſsit etiam de tuto, & ſecuro carcere. Y nueſtra fiança ſolo fue, para que por razõ de quitarle los grillos a Iorge Coxin, no ſe iria ſin recibirlo en cuſtodia, y aſsi es diuerſo caſo del que reſuelue Farinacio, quare non procedit illatio de vno ad alium, l. Papinianus exuli, ff. de minoribus.

20 ¶ Y quando concedieramos, que eſtauamos en los terminos que Farinac. trata dict. nu. 60. y q̃ eſta era fiança de carcel ſegura, y ſe auia entregado el preſo a Antonio Ximenete, (quod negamus) todauia no nos obſtaua ſu reſolucion (y de la deſte numero nace vna euaſion concluyente para nueſtra fiança, y que Antonio Ximenete ni ſus herederos no tienen obligacion a pagar por ella coſa alguna) porque procede quando el preſo ſe fue por mala cuſtodia, mas quando el Alcayde lo dexò ſalir, y por hecho ſuyo, y con ſu orden y conſentimiento ſalio, tunc licet aufugiat non tenetur fideiuſſor, licet de tuto carcere fideiuſſerit, & reum in cuſtodiam acceperit, vt reſoluit idem Farinac. dict. n. 60. in fin. ibi: *Sed an fideiuſsor teneatur, ſi carceratus aufugerit de licentia cuſtodis, dicam infra in limitat. 7. num. 177.* Et poſtea num. 177. noſtram confirmat concluſionem, ibi: *Amplia hanc ſeptimam limitationem, etiã procedere in caſu, in quo detentus in carcere dedit fideiuſſorem, puta ſub pœna mille ſcutorum, deinde non diſcedendo ſine iudicis licentia: nam ſi adhuc diſceſſerit de licentia cuſtodis aſserentis, ſe habuiſſe licentiam à iudice, excuſatur diſcedens, nec dicitur fracta fideiuſsio, nec pœna conuentionalis exigi poteſt.* Y en comprouaciõ deſta limitacion refiere muchos lugares en terminos, y es doctrina ajuſtadiſsima a nueſtro caſo, porque como ſe refirio ſupra num. 12. Franciſco

cisco Sanchez de Pradena dexò salir a Iorge Coxin despues de la fiança de la carcel, y andar libre por la ciudad de Malaga, y asi aunque se aya ido della, culpa custodis accidisse, & in fideiussionem non venire dicendum est: conque podemos dezir, que està tan lexos de prouar su guarda y custodia, que por su mismo hecho su puso en estado de no poder pedir por la fiança.

21 ¶ Asimismo se auia de verificar por el alcaide, q̄ al tiẽpo q̄ se otorgò la escritura, estaua preso Jorge Coxin por la deuda de 12U600. reales, por que se pide execucion, respeto de que la fiança se restringio a las deudas, porque entonces estaua preso, vt constat ex verbis illius relatis supra num. 3. ibi: *Y las deudas principales porque està preso.* Y asi no se puede estender a otras deudas de otros terceros, a cuyo pedimiento entonces no estuuiera preso, vt probant iura num. 11. adducta, & in expresso. l. fin. ff de interrogator. actionib l. cũ Aquiliana, ff. de transactionib. Bald. cons. 106. lib. 2. Mastril. decis. 126. num. 11. & seqq. in terminis Farinac. de carcer. quæst. 34. nu. 31. y esto no se ha verificado, ni los testigos de la 6. pregunta de la prouança del Actor lo concluyen, limitandolo al tiempo del otorgamiento de la escritura, como se requiere: y menos se prueua de vn testimonio que està en el Rollo deste pleyto, dado por Francisco de Vzeda Receptor desta Corte, porque aunque en el se dize auerse de cobrar 12U600. reales de Iorge Coxin, y Francisco Sanchez de Pradena Alcayde de la carcel, porq̄ estaua preso Iorge Coxin, no se dize, que lo estaua a el tiempo del otorgamiento de la escritura, y pudieron despues prenderlo, o embargarlo por esta deuda, y asi no prueua el testimonio este requisito, cum probatio debeat concludi per necesse, l. neque natales, C. de probationib. de que se infiere, q̄ no auiendose verificado que Iorge Coxin estaua preso por esta deuda al tiempo que Antonio

Xime-

Ximenete otorgòla escritura, no se le pudo executar por ella.

22 ¶ Es tambien no menor defecto dela execuciō no auerse requerido a Antonio Ximenete, que boluiesse a la carcel a Iorge Coxin, porque todas las vezes, que el fiador se obliga a boluer a la carcel algun deudor, y pagar las deudas, pena, o interes, para que se le pueda pedir, y vsarse de la fiança, se le à de requerir primero buelua al deudor a la prisiō, vt probat argumentū legis final. C. vt intra certum temp. criminal. quæst. terminetur, probat in terminis Innocent. in cap. extirpandæ, de præbēdis, 1. col. in medio, quem & alios refert & sequitur Anton. Gomez, tom. 3. variar. cap. 9. à num. 9. in fin. qui licet referat aliquos tenentes cōtrarium affirmat procedere, quando terminus in fideiussione appositus est, quando vero nullus est ei terminus impositus prędicta procedere inquit dict. num. 9. in fin. quem sequitur Matienç. in l. 10. glos. 2. num. 2. tit. 16. lib. 5. recopilat. facit etiā expressa decisio, text in l. sancimus, C. de fideiussoribus, quem ad propositum perpendit Boer. cons. 22. num. 8. Y en nuestra fiança se obligò Antonio Ximenete a boluer a la carcel a Iorge Coxin, ibi: *El otorgante lo boluera a la dicha carcel*, y assi deuio ser interpelado, para que lo cumpliesse antes de ser executado.

23 ¶ Otro defecto es de la execucion, no auerse hecho excusion contra la persona y bienes de Iorge Cogin por Francisco Sanchez de Pradena, porque supuesto q̄ trata de executar a Antonio Ximenete en virtud de su fiāça, en la qual no hallamosque estè renunciado el beneficio de excusion, le fue preciso hazerla, Authent. præsente, C. de fideiussorib. l. 9. tit. 12. par. 5. y antes de hazerla no pudo executarse la escritura, quia nō erat aperta via agēdi, vt cum Bald. Salicet. Paul. de Castro, & alijs, tradit Gregor. dict. l. 9. glossa

 pri-

primeramente, ibi: *Quia alias non esset sibi aperta via agendi*, y no la puede hazer en la via executiua ni cumularse en ella, porque esta requiere mucha liquidacion y certeza de la deuda contra el executado, todo lo qual falta, no auiendose hecho la excusion, vt de veriori opinione, tradit Parlador.lib.2.c.fin.4.p.§.7.num.21.ibi: *Ego vero contra sentio.*

24 ¶ Y no obstarà dezirse, que està ausente Iorge Coxin, y es estrangero, y assi no es necessaria la excusion, respeto de que esta se ha de hazer quando està presente el deudor principal, d.Authent.præsente, C.de fideiussorib. d.l.9. tit. 12.par.5.

25 ¶ Porque se responde, que la excusiõ se ha de hazer in omnibus debitoris bonis vsque ad saculum, & peram, l.1.§.si inter, ff. de magistratib.conuen.l.si fideiussor.29.§.si cum debitor. l.si mandauero 42.ff.mandati, l.2.ff.si quis omiss. caus.testam.l.Lutius Titius 46.§.cum testamento, ff.de administrat. tutor.l.1. C. de reuocandis ijs, quæ in fraud.creditor. Bart.in tract. de excusion pignor.à princip. con citacion de los fiadores interessados, declarãdola el Iuez por hecha, vt affirmat Bart.in l.stipulatio. §. habet autem, num.4.ff.de nou.oper.nuntiat.Bald. in l. auctore, C.de euictionib.Hering. de fideiussorib. cap. 27.à num.3.Parlador.lib.2.cap.fin.4.par.§.7.nu. 20. y assi no basta que el deudor estè ausente, y sea estrangero, si no se prueua tambien, que no ay bienes suyos en el lugar y territorio donde se sigue el pleyto, citando para ello a los fiadores, y que el Iuez lo declare.

26 ¶ Y en terminos, que no baste, q̃ el deudor estè ausente, para q̃ se tẽga por hecha la excusion, si no se prueua tambien, que en el lugar, y territorio donde se siguio el pleyto no ay bienes suyos, tenet Salicet.in dict. Auth. præsente, num.5.

num.5.C.de fideiussorib. & Gregor. in dict. l. 9. tit. 12.par.5.verb.*primeramente*.in fin.quod sequitur Ioan.Gutierrez de iuram.confirmat.1.par.c. 23.n.3.y da la razon,videlicet,que como no es necessaria la persona del deudor para cobrar de sus bienes,ni citarlo,es justo que el acreedor verifique primero si los ay,y trate de cobrar dellos antes de pedir al fiador, aunque el deudor estè ausente, lo qual no se ha prouado por Francisco Sanchez de Pradena,ni tratado de ello, y de las deposiciones de sus testigos en la 4. pregũta de su prouança se colige,que Iorge Coxin tenia bienes y mercaderias en Malaga, parte de las quales pretende dio a Antonio Ximenete por la fiãça,conque es mas notorio,que tiene obligacion de hazer excusion en los bienes y mercaderias q̃ tuuiere en Malaga, que aunque estrangero Iorge Coxin,pudo tambien estar auezindado en aquella ciudad,como estan otros muchos que lo son,y tener en ella bienes;y prouar lo contrario desto,le es preciso a Francisco Sanchez haziendo la excusion,y para que se pueda hazer quando està ausente el deudor,concedẽ las leyes termino a los fiadores,dentro del qual lo presentẽ, y traygan,y se les deuiera dar en este caso a los executados,d.Authent.præsente, C.de fideiussoribus,d.l.9.tit.12.par.5.

27 ¶ Y esta excepcion se puede oponer en qualquier parte del pleyto,vt tenent quos refert Hering.de fideiussorib.cap.28.n.18.& 19.& ipse eos sequitur n.20.&21.dicẽs: Quod hęc est benignior opinio,&quod opposita ista exceptio inquacumque parte litis absolutionẽ ab illa instãtia operabitur. Mayormẽte, que por ser menores los Reos executados, les cõpete restitucion, en caso q̃ se les vuiera passado el tiẽpo de oponerla,l.minor 36 ff.de minorib.l.5.tit.5.lib.4.recopil. vbi Azeued. y que se pueda oponer, y deua admitir

en

en la via executiua,testatur Azebed. in l.1.titu. 21.lib.4.recop.n.178.quod sentire videtur Par lad.lib.2.c.fin.4.p.§.7.n.21.&22.

28 ¶ Y no ayuda para prouar los requisitos referidos la delacion del juramento que la escritura contiene en fauor de Francisco Sanchez de Pradena, porque solo se le difirio a su juramento la liquidacion de la cantidad, que lastasse, o pagasse, consta de la escritura, ibi: *Con su juramento, o de quien su poder, o causa huuiere, en que declare la cantidad de marauedis, que por razon de la dicha fuga se le pidieren, o se temiere pagar.* Y estando deferida en el juramento solamente la liquidacion de la cantidad que se pagasse, no puede vsarse del para prouança de otra calidad alguna, cum sit stricti iuris, & non extendatur nisi ad expressa, & cogitata, cap. Clericus de iur.iurand.cap.cum inter de renuntiat.Ioan.Gutierr.de iuram.confirm.1. par.cap.61.num.21.cum alijs, quos refert, mayormente estando interpuesto en contrato stricti iuris, vt supra num.11. late comprobatum remanet, quo casu naturam contractus, super quo interponitur, sortitur l.fin.C. de non numerat. pecun.l.non dubium, C.de legib.cap.quemadmodum de iur iurand.l.27.titu.11.par.3.Dom.Couarr.de pact.in 6.1.par.§.4. in princ. nu 1. Ioan. Gutierrez de iurament.confirmat.1.par.cap.37. num.2.& 3.

29 ¶ Y en qualquier caso la delacion del juramento se hà de entender para liquidacion de cantidad, sin aprouecharse della, para prouar la deuda principal, vt tradit Deci.cons.83.n.3. Riminald.cons.56.num.7.lib.3.y aunque expressamente estuuiera hecha la delacion del juramẽto, para prouança de la deuda principal, se ha de estar a el en cantidades pequeñas, y no en tan grãdes como son las desta execuciõ de doze mil y seyscientos reales, y mas de quinientos ducados

dos de costas,y salarios,y daños, quia ex tã mag
na quantitate,præsumitur dolus in iuramento,
vt ex Bart.cons.168.& Alex. cons. 47. & multis
decisionibus Rottæ,quas refert tradit Marescot.
variar.resolut.lib.1.cap.16.num.9.ibi: *Vbi summa
est magna,aut considerabilis an præsumatur dolus.* Et
postea,ibi: *Tenuit,quod vbi summa , pro qua iura-
tur,est considerabilis,non debet index confirmare , vel
deferre tale iuramentum.* Y en el num.10.refiere Au
tores que han tenido,que el que haze el juramẽ
to,aunque se le aya diferido, para que se estè a
el,se ha de prouar,que es mayor de toda excep-
cion,& caret suspitione. De que resulta sin duda
el intento deste fundamento,de que no ha suce
dido el caso para que se hizo la fiança, ni se han
verificado los requisitos necessarios paraque pu
diera executarse.

30 ¶ Despues de escrita esta informacion,
vimos la que se ha dado por la parte contraria,y
assi en el fin de cada fundamento añadiremos
la respuesta a lo que en ella se dize tocante a la
materia que contienen.

31 ¶ En el num.1.de su alegacion supone el
Abogado contrario,que Iorge Coxin estaua pre
so por la deuda de 12U615.reales, porque se e-
xecuta al tiempo que se otorgò la escritura , de
lo qual no consta por todo el pleyto, como es-
tà aduertido supra num.21. Tambien se supo-
ne,que Antonio Ximenete le pidio a Francisco
Sanchez de Pradena,que le entregasse a Iorge
Coxin preso , y que se lo lleuò,otorgando escri-
tura de carcel segura,lo qual es contra la escritu-
ra de fiança,porque solo contiene lo que se re-
firio supra num.2.3.y 12. y en quanto confiessa
que despues de otorgada la escritura, anduuo
suelto por la ciudad Iorge Cogin , nos aproue-
cha,paraque se entienda no se salio de la carcel,
sino que el Alcayde lo dexò salir,y que con su cõ

 senti-

ſentimiento anduuo por la ciudad, como ſe fundò ſupra num. 12. & 20. Suponenſe aſsimiſmo por ciertos los daños que ſe han ſeguido en cantidad de mas de 500. ducados a Franciſco Sanchez de Pradena, de quo minime conſtat. Deſde el num. 1. haſta el 11. ſe refiere por el Abogado contrario el hecho, y ſe pretende impugnar el priuilegio de labrador, que hizo ninguna la fiãça. A que reſponderemos poſt finem ſecundi fundamenti.

32 ¶ En el num. 12. ſe funda, que no es neceſſario auer laſtado en eſte caſo para poder pedir por el pacto, q̃ huuo expreſso para ello, y por eſtar condenado a la deuda porque ſe executa el Alcayde: y aunque lo contrario es regular por las doctrinas comunes, y que refiere el Abogado contrario, reconociendo la fuerça del pacto, y que eſtà mandado, que Franciſco Sanchez pague eſta deuda, no nos valemos deſte fundamẽto, ni neceſsitamos del, por ſer los apoyos de la juſticia, que defendemos notorios.

33 ¶ Deſde el num. 13. haſta el 16. ſe quiere fundar, que el caſo que ſucedio de yrſe Iorge Coxin, lo comprehendio la fiança, y que fue de carcel ſegura, y aſsi no importò, que el Alcayde lo dexaſſe ſalir, porque comprehende qualquiera fuga, y para ello ſe vale ſolamẽte del lugar de Farinacio de carcerib. quæſt. 30. num. 60. al qual y a los demas lugares y doctrinas de que ſe vale en eſtos numeros, eſtà baſtantemente reſpondido ſupra n. 17. 18. 19. y 20. & à n. 11. vſque ad 13. y aſsi no neceſsita repetirſe.

34 ¶ Muy bien ha reconocido el Abogado contrario, como tã docto las reſpueſtas de ſus fundamentos, y la poca fuerça que con ellos tenia, y con la eſcritura de fiança, y aſsi en el num. 17. de ſu alegacion la pretende ayudar cõ la prouança que dize ay, de que Antonio Ximenete reci-

recibio preso y encarcelado à Iorge Coxin, y q̄ se entregò en el, lleuandolo de la carcel, quare de omni pœna tenetur, l. ad commentariensem, C. de custodia reorum. A esto se satisfizo indiuidualmente supra n. 14. & 15. cõque parece quedan sin oposicion todas las doctrinas deste fundamento.

SECVNDVM FVNDAMENTVM.

35 ¶ Deste nos sacarà con breuedad la expressa decision de la nueua prematica, si no se quisieran por la parte contraria confundir sus palabras, y cabilar su sentido, para que no tenga lugar en este caso, mas por comprehenderle, claramente saldra de qualesquiera impugnaciones la fuerça desta verdad.

36 ¶ Indubitable es, que por la determinacion de la prematica promulgada en fauor de los labradores en 18. de Mayo del año passado de 1619. se les prohibe el ser fiadores, si no es entre si mismos, y se anulan las fianças, que por otros hizieren, ibi: *Que no puedan ser fiadores, si no es entre si mismos vnos labradores por otros, y las fianças que hizieren por otras personas sean ningunas.* Y assi solo resta ver si las calidades desta ley concurrẽ en nuestro caso.

37 ¶ La de labrador se hallò en Antonio Ximenete al tiempo que otorgò la fiança, y la concluyen ocho testigos, que en el termino de la oposicion depusieron en la segunda pregunta. Y diez y nueue testigos, que en la segũda pregunta de la prouança desta instancia se han examinado por parte de doña Maria de Velasco, la contestan, afirmãdo todos, que el año de 1630. 31. y 32. antes, y despues Antonio Ximenete era labrador, tenia ganados, y apero de labor proprios, sembraua tierras suyas, y agenas en mucha canti-

çantidad: y esta calidad nos la prueuan los testigos contrarios, porque en la quinta pregunta de la prouança desta instancia hecha por Francisco Sanchez de Pradena dizen los dos primeros testigos, que aunque tenia labor, acudia poco a ella. El tercero, que labraua, sembraua, y tenia apero, y bueyes, y era labrador. Y lo mismo dizé otros cinco, o seys testigos que presentò, sin que alguno diga lo contrario: y auiendo prouança tan concluyente, no se puede dudar la notoriedad desta calidad de labrador al tiempo que se otorgò la escritura, que es al que se ha de atender, l. 2. ff. de excusat. tutor. l. Titius, ff. de testam. milit. l. interuenit, ff. de legat. præstand. cap. si eo tempore, de rescriptis in 6. Consideralo en propios terminos Parlador. different. 79. cap. 1. nu. 3 defendiendo goza del priuilegio de labrador, aunque comience a serlo al tiempo que se haze la obligacion. Y que no lo fuesse Iorge Coxin, por quien se hizo, lo afirman los mismos diez y nueue testigos presentados por parte de D. Maria en la tercera pregunta de la prouança desta instancia, que todos concluyen que era mercader, y no labrador a el tiempo que se otorgò la fiança.

38 ¶ Que lo sea la que se trata de executar no padece duda (conque se hallaràn todas las calidades de la prematica) y se manifiesta del instrumento que della se otorgò, ibi: *Y lo ha auido por bien, conque el otorgante lo fie.* Et ibi: *Y lo quiere hazer, y poniendolo en efeto, por el tenor de la presente dixo, y otorgò, que fiaua, y fiò al dicho Iorge Coxin.* Et cum verba contractus primo loco inspici debeant ad cognoscendam eius naturam fideiussionis, verba in nostrò inuenientes, vt fideiussio estimari debet, l. 1. §. fi is, ibi: *In re igitur dubia melius est verbis edicti seruire*, ff. de exercitor. actione, l. non aliter, ff. de legat. 3. cap. penult. de sentent.

excom-

excommunicat.y las palabras son demonstratiuas del acto, que se tiene intencion de celebrar, l. Labeo, §. idem tubero. ibi: *Quorsum nomina, inquit, nisi vt demonstrarent voluntatem dicentis*, ff. de supellectil. legat. y forma del contracto Bald. in in l. quoties, num. 4. C. de suis, & legitim. hæred. Farinac. decis. 55. num. 1. in fin. tom. 1. in nouissim. Heringius de fideiussorib. cap. 27. par. 1. nu. 131. y assi la nuestra la auremos de tener por fiança, pues las palabras lo declaran manifiestamente; y quãdo no huuieramos de estar a ellas, sino a la substancia del contrato, l. insulam, ff. de præscriptionib. l. cum manu sata in fin. ff. de contrahenda empt. Aqui ay substancia de fiança, y aunque della à Iureconsultis non inuenitur diffinitio, teste Hering. de fideiussorib. cap. 3. la comun y recibida por todos es, quando vno se obliga por otro in subsidium, sin hazer nouacion, §. 1. Inst. de fideiussorib. Acurs. in §. exceptiones, Inst. de replicationib. verb. *fideiussoribus*, ibi. *Appellatione fideiussoris omnem accessorem accipe, siue sit mandator, siue fideiussor, siue alius: ex eo dictus fideiussor, quod pro alio fidem suam adstrinxerit*: quod multis auctoritatibus exornat Hering. dict. cap. 3. Y esto se halla en nuestra fiança, en la qual se obligò Antonio Ximenete a pagar, y satisfazer lo q̃ estaua obligado Iorge Coxin, sin hazer nouaciõ alguna, ni tener obligacion en lo que fiaua, quare dici non potest, quod in rem suam fideiussit, sed in alienam, & ita fideiussor iudicari debet, l. tutor. 19. vbi Bart. ibi: *Si mulier alicui propria obligatione indemnitatem promissit intercedere non videtur: secus si pro obligatione alterius*, ff. ad Senat. consult. Velleian. De que resulta, que siendo fiança otorgada por labrador, y no siendolo por quien se otorgò, procede sin duda su nulidad.

39 ¶ Oponese a esta resolucion. Lo primero, que Antonio Ximenete era escriuano publico

co al tiempo de la fiança, en cuyo exercicio se ocupaua, y assi no le aprouecha el priuilegio de labrador, que solo se concede a los que por sus personas se ocupan en la labor. Lo segundo, que recibio interes por la fiança de Iorge Coxin, y assi aunque le compitiera, no se puede valer del priuilegio. Lo tercero, que esta excepcion no se puede admitir en la via executiua.

40 ¶ Quibus non obstãtibus verissima est prædicta resolutio, & fideiussio, de qua agimus, nulla nulliusque effectus.

41 ¶ Y no obsta lo primero, de que por ser escriuano Antonio Ximenete no gozò del priuilegio de labrador, y que este se concede a los que por sus personas se ocupan en la labor, sin tener otro oficio: porque aunque iure communi era disputado, si aprouechaua el priuilegio de labradores a los que no lo vsauã por sus personas, vt ex Platea in Rubr. C. de agricol. & censit. lib. 11, & l. 3. C. de decurionibus lib. 10. tenet Narbona in l. 25. tit. 21. lib. 4. Recop. glos. 1. num. 1. oy por las disposiciones de las nueuas prematicas està determinado, que se tengan por labradores para gozar de los priuilegios que se les concedẽ los que por sus personas, o por sus criados, y familia labraren, sin atencion a que tengan, o no qualesquiera oficios de zelo, expressamente la prematica de 9. de Março de 1594. quæ est l. 25. tit. 21. lib. 4. nou. recopilat. ibi: *Que los labradores que por sus personas, o por sus criados y familia labraren.* En esta conformidad està interpretada, y entendida por todos los Doctores, y que aunque los labradores tengan otros qualesquiera oficios, labrando por medio de sus criados y familia, gozen de los priuilegios, Parlad. different. 79 cap. 1. num. 4 ibi: *De eo autem minus laboro, vtrum agricola sit etiam artifex, puta faber ferrarius, aut lignarius, dicendum est enim, nihilominus legis vti benefi-*

cio posse, si simul agriculturæ det operam, quoniam hoc opus agriculturæ cõiungi cum altero officio recte potest. Silva responsorum, respons. 16. cap. 1. nume. 35. & 37. Narbona in d. l. 25. tit. 21. lib. 4. recopilat. glos. 1. à num. 2. quia bene potest vnus vices, & priuilegia duorum sustinere, l. si consul, ff. de adoption. vbi glos. verb. *filius familias*, multa cumulat c. ex literis, de probat. vbi etiam glos. verb. vices duorum alia iura refert.

42 ¶ Y aunque Collantes fue de contraria opinion in pragmatica rei frumentar. lib. 1. c. 2. num. 5. & 6. & lib. 2. cap. 2. à princ. diziendo, q̃ el labrador para gozar de los priuilegios auia de labrar por su persona, està comunmente reprouado por todos los que se han referido, videlices, Parlador. dict. different. 79. cap. 1. num. 4. Silva responsorum, d. respons. 16. c. 1. nume. 35. & 36. & 37. ibi: *Neque obstat, quod in contrarium tenet Collantes.* Narbona, d. l. 25. tit. 21. lib. 4. recopilat. glos. 1. num. 3. ibi: *Nec quidem in hoc veritatem assecutus est Collantes.* Y siendo singular en su parecer Collantes, no se ha de seguir contra la comun, q̃ defienden mayor numero de Autores, cap. ne innitaris. 5. de constitut. tradit cum alijs Ceuall. in præfatione ad communes, num. 37. porque la comun se ha de seguir in iudicando, & consulendo l. 1. §. *sane crebior apud veteres opinio est*, ff. de officio quæstoris, quod alia iura referens tenet Ceuall. in d. præfat n. 30.

43 ¶ Principalmente siendo el parecer de Collantes contra la misma prematica, en la qual por las palabras referidas supra num. 41. se dispone generalmente, que los labradores que por sus personas, o por sus criados y familia labraren gozen de los priuilegios della, & cum generaliter lex, & sine distinctione, quam facit Collãtes, loquatur generaliter est intelligenda, l. de pretio ff. de publiciana in rem actione: y auiendo deter-

mina-

minacion de ley, no se ha de atender à la de vn Autor, c. de quibus. 20. distinct. Ceuall. d. præfat. n. 33. & 34.

44 ¶ Y el mismo Collantes dict. lib. 2. c. 2. num. 5. vers. *Sed ego non inficior,* se retractò de su opinion, y sigue la que se va defendiendo, y en el lib. 1. c. 11. dize, que del priuilegio de labradores gozan los Clerigos, en los quales no seria justo dezir que por sus personas labrassen: y assi lo notò Narbona, d. l. 25. tit. 21. lib. 4. recopila. glos. 1. num. 9.

45 ¶ Demas que el caso que resoluiò Collãtes en los lugares referidos num. 42. es, que el labrador que no labra por su persona, no ha de gozar del priuilegio de no ser preso en los meses de Iulio, hasta el de Diziembre: y de los demas priuilegios dize el mismo Collantes que ha de gozar, que esta es la distincion que defiende: y quãdo fuera cierta, (quod negatur ex prædictis) no nos prejudicaua, por no estar en terminos de el priuilegio de no ser preso, sino de la ley prohibitiua, que anula las fianças de los labradores, q̃ es diuerso caso, quare ad eum non est illatio facienda, d. l. Papinianus exuli, ff. de minorib.

46 ¶ Y assimismo va hablando Collantes, en caso que el labrador lo es per substitutum, q̃ es quando ay substituydo dueño principal de la labor: que aunque en este tiene contra si todas las razones referidas, es diuerso del nuestro, quia nos loquimur, quando el mismo labrador lo es, mas tiene criados, de cuyo trabajo es fuerça ayudarse para la labor, como acostumbran todos los que la exercen, y el con su industria, cuydado y diligencia ayuda, y acudiendo tambien a la labor, vt in terminis considerat ipse Collantes d. lib. 2. cap. 2. num. 5. in fin. & num. 8. Narbona, d. l. 25. glos. 1. num. 5. & 6. & facit expressa decis. l. 4. tit. 20. part. 2. ibi: *E los otros que non sopieren, o non*

les

les conuiene deuen mandar como se faga: y que este cuydado y diligencia, y acudir a la labor se halle en Antonio Ximenete, se manifiesta de las prouanças referidas supra n. 37.

47 ¶ Y qualquiera duda cessa, conque el intento y causa final de las prematicas dadas en fauor de los labradores, es el aumēto de la labor, y su conseruacion, como consta de la prematica del año de 1594. ibi: *Por animar, y esforçar mas a que la labrança no cesse, y para conseruacion y aumento della*. Y de la del año de 1619. ibi: *Por justas causas concernientes a el bien publico, que consiste en la conseruacion de la labrança*. Y como quiera que este fin se consigue en el labrador, aūque tenga otro oficio, y labre por las personas de sus criados, ha de tener lugar su determinacion, cum sit eadem ratio in vtroque casu, l. illud, ff. ad l. Aquiliam, cōsiderat in terminis Ignacio del Villar, d. respons. 16. cap. 1. num. 36. ad fin. quod multis rationibus defendit Narbona dict. l. 25. glos. 1. per totam, qui nume. 10. omnia quæ dicta sunt in terminis dictæ legis 25. tit. 21. lib. 4. Recopilat. quæ est dicta prematica del año de 1594. intelligit, & reducit ad terminos nostræ prematicæ editæ d. anno 1619. De que se infiere, que Antonio Ximenete gozò del priuilegio del labrador, y no por ser escriuano està excluydo de vsar del.

48 ¶ Menos obsta la segunda objecciō, scilicet, que recibio interes, por hazer la fiāça, y assi no se puede valer del priuilegio de labrador, per text. in l. antiquæ 23. C. ad Senat. cōsult. Velleian. l. 3. tit. 12. par. 5.

49 ¶ Porque se responde, que esta excepcion la ha de prouar concluyentemente el que la opone, d. l. antiquę, ibi: *Tunc si possit stipulator ostendere eam accepisse pecunias, vel res*, C. ad Velleianum, d. l. 3. tit. 12. par. 5 vbi Gregor. verb. *Recibiesse precio*. Y no hallamos ajustados todos los

G testi-

testigos, que por parte de Francisco Sanchez de Pradena se han examinado en quanto a esto en la 4. pregunta, que lo prueuen; ni ay en ello testigos contestes, y de lo que alguno se alarga a dezir, aun quando estuuiera prouado, se colige lo contrario, que es, que Antonio Ximenete tenia prestados de Iorge Coxin mercaderias, o dineros, y el prestamo supone obligacion de boluerse. l. cum quid. 3. ff. de rebus cred. y assi no aprouecha para el intento referido, en que lo que se diere por la fiança, ha de ser quando se trata de otorgarla, y dado especialmente por ella, como se colige de los textos referidos.

50 ¶ Vlterius respondetur, que para que se impida a la muger vsar del priuilegio del Veleyano, por auer recibido interes por la fiança; es necessario, que lo que recibe sea correspectiuo a la cantidad en que fia, & ne lædatur ex ea, porq̃ si la fiança es de mayor cantidad, que la que recibe, no se impide vsar del beneficio, vt tenet Cinus in d. l. antiquæ, C. ad Velleianum, & licet Baldus in d. l. defienda, que esto se ha de regular arbitrio iudicis, mirando, que aunque lo que se recibe no sea del mismo valor que la fiãça, sea precio condigno, secundum quod homo discretus faceret, quem sequitur Gregor. in d. l. 3. titu. 12. par. 5. verbo, *recibiesse precio.* Menoch. de arbitra. lib. 2. casu 234. num. 3. Hering. de fideiussorib. c. 7. num. 435. en nuestro caso no se halla precio condigno, ni parece puede auer arbitrio que se ajuste a que recibir (segun se pretende) seys mil reales por fiar por tantas deudas, que solo la vna monta 121600. reales, y mas de 500. ducados de costas, sea cantidad considerable para que no se considere lesion, respeto de tan excessiua; y no limitada fiança.

51 ¶ Y las respuestas referidas procedũt ex abundanti, porque nuestro caso y fiança de labrador

brador es diuerso del de la ley antiquæ, y de la fiança de la muger: porque esta valet mero iure, y por la excepcion del Veleiano se impide su efecto, tit. ff. & C. ad Velleian. d. l. antiquæ in fine & §. ne autem, C. eodem, y si recibe precio, o interes la muger por hazerla, no puede vsar del beneficio del Veleiano, cum ex fideiussione iá nō lædatur, d. l. antiquæ: y la del labrador es nula ipso iure, assi por ser la prematica ley prohibitiua, ibi: *Que no puedan ser fiadores*, quo casu actus contra eam factus nullus est ipso iure, l. non dubium C. de legib. cap. cum dilecta, de rescriptis, como por tener clausula irritante, ibi; *Y las fianças que hizieren por otras personas sean ningunas*; la qual ipso iure nullitatem actus operatur, c. si eo tempore, de elect. lib. 6. cap. 1. vers. *Adiiciebatur*, de concess. præbendæ, eodem lib. y siendo la fiança nula, luego que se hizo no pudo el recibirse precio, quādo fuera cierto, quitar el derecho, q̄ para alegar la nulidad, se adquirio statim ipso iure argumento à ratione legis 1. §. si minor fin. ff. de reb. eorum, qui sub tut. ibi: *Nam vbi dominium quæsitum est minori cæpit non posse obligari*, l. non putauit, §. à primo, vers. *Sed si post mortem*, l. si post morté, §. 1. ff. de bonor. posses. contra tabul. l. cum vxori, C. quando dies legat. cedat. c. ab eo. 31. de elect. in 6. cap. constitutionem in Clementinis eodem: y de lo contrario védria a darse caso, por el qual se defraudasse el intento, y mente de la nueua prematica, poniendose pacto de que se recibio precio por la fiança, contra expressam decisioné textus in l. non dubium, C. de legib. ibi: *In legem committere eum, qui verba legis amplectens cōtra legis nittitur voluntatem.*

52 ¶ Cōque se sale de qualesquiera dudas, y se satisfaze concluyentemente, es considerando, que la nueua prematica, que anula la fiança de los labradores es ley prohibitiua, ibi: *Que no pue-*

puedan ser fiadores: y quando se concediera (quod absit) que se recibio precio de voluntad de todos los contrayentes, por hazer la fiança, siendo assi, que esta es ninguna (vt numero superiori diximus) es indubitable, que lo es tambien qualquiera pacto, que della, y por ella se hiziera, tanquam factum aduersus legem prohibitiuam, d. l. non dubium, ibi: *Sed et si quod fuerit subsecutum ex eo, vel ob id, quod interdicente lege factum est, illud quoque casum, atque inutile esse præcipimus.* Confirmase esta razon, conque la misma prematica prohibe que se pueda renunciar, ibi: *Que lo contenido en esta y en la dicha ley en fauor de los dichos labradores, no se pueda renunciar, ni valga la renunciacion que hizieren della.* Y si se concediera, que recibiendose precio valiesse la fiança, demas de estar en volũtad de los contrayentes frustrar el intento de la ley, a que no se ha de dar lugar, d. l. non dubium, vendria a concederse por este camino lo que cõ la renunciacion expressa está prohibido, cũ non debeat vna via concedi, quod alia prohibetur, l. oratio, ff. de sponsalibus: y lo que no se puede hazer con palabras, y renunciacion expressa, se cõsiguiera con el hecho de recibir precio, quod locum habere non potest, cum verba, & factũ a pari procedant, l. de quibus, ff. de legib. l. si tamẽ, §. ei qui, ff. de ædilitio ædicto.

53 ¶ Y en proprios terminos, que no se pueda renunciar lo dispuesto en la prematica tacita ni expressamente, ni con hecho, ni con trato de los contrayentes, ne fraus legi fiat, tenent Collãtes lib. 3. c. 6. n. 2. & 8. in fin. Ignat. del Villar, respons. 16. c. 4. n. 2. & 10. Narbona, in d. l. 25. tit. 21. lib. 4. Recop. glos. 17. n. 3. & 5.

54 ¶ Los priuilegios concedidos a los labradores, son principalmente introduzidos por fauor publico, y bien comun, que consiste en la cõseruacion y aumento de la labor, prematica del año

año de 1619.ibi: *Por justas causas concernientes al bien publico, que consiste en la conseruacion de la labrã-ça.* Y siendo estos priuilegios en fauor publico, y bien comun, no se pueden alterar por pactos, ni hechos de los contrayentes, y son ningunos, l. ius publicum 38.ff.de pactis, c.si diligenti de foro competent.obseruant in terminis dictæ pragmaticę omnes pręcitati auctores, dictis, & alijs locis, & lato calamo Collãtes, lib.2.c.12. à princip.probat in terminis l.5.tit.17.lib.5. Recop.ibi: *pleyto, postura, o renunciacion*, vbi Matienç.glos.5. y todas las razones referidas cessan en la fiança de la muger, porque mero iure valia, y se impide su efecto, per exceptionem Velleian. y se puede renunciar, l.3.tit.12.p. 5. vers. *La tercera.* y es fauor particular, y no tocante al bien comun, y assi no procede la determinacion, d.l.antiquæ, C.ad Velleian.auiendo tantas disparidades, d.l. Papinian.ff.de minorib.

55 ¶ Menos obsta lo tercero, de que por ser esta via executiua, no se admita en ella, esta excepcion de nulidad. Porque se responde, que la l.1.& 2.tit.21.lib.4. Recopilat. no solo admiten en la via executiua las excepciones que expressan. sino las demas que son legitimas, y se prueuan dentro de los diez dias de la oposicion, probat d.l.1.ibi: *Y tal, que de derecho se deua recibir*, d.l. 2.ibi: *O legitima excepcion*, & tenent omnes Regnicolæ super eis, & alijs locis, & in expresso, quod exceptio nullitatis sit legitima, admittique debeat in via executiua, & eam impediat cum Auēdañ. Suarez, Villalobos, & alijs, tenent Azebed. in d.l.1.tit.21.lib.4.Recopilat.à num.91. Parlad. lib.2.rer.quotidian.cap.fin.5.p.§.11.n.11. Domin.Couar.practicar.c.25. & alios quam plurimos cumulat Rodriguez de execut.c.6.à nu. 16. quia leges Regiæ instrumentis executionis ius concedentes, de vallidis intelligi debēt, & quod

H nullum

nullum est instrumenti nomen non meretur,l.4. §.condemnatum,ff de re iudicat.l.statutis,C.de sentent.ex briu.recit.Clementina Pastoralis, de sentent.& re iudicata.

56 ¶ Y assi esta excepcion de nulidad està opuesta legitimamente en la via executiua,yles compete a los hijos y herederos de Antonio Ximenete,l.scimus,§.fin. C.de inoffic testam.quia ex persona hæredis natura obligationis non mutatur,l. 2.§.ex his,ibi : *Non enim ex persona hæredis conditio obligationis immutatur*, ff.de verbor. oblig. & in simili ita tenet Anton.Gomez, variar.tom. 1.c.11.n.8.& in terminis nullitatis fideiussionis probant l.hæ actiones,ff.ad Senat. Consul. Velleian.l.hæredes,C.eodem,&resolutum fuisse affirmat Farinac decis. 385.nu.4. & 5.tom.1.nouissimar.

57 ¶ Viendo la parte contraria la fuerça de sus fundamentos,y que proceden sin oposicion, se acoge a la clausula del testamento de Antonio Ximenete,en que pretende reconocio esta deuda,y mandò,que se pagara , la qual no es de momento alguno, porque solo se descubren en ella palabras,que miran a darles consejo a sus hijos,que procuren quitarse de pleyto, de las quales cum consilium importét, nulla obligatio induci potest,l.1.in fin.ff.mandati, l.consilij, ff. de regul.iur.Bart.in l.1.§.si plures n.2. ff.de exercit. act.Dom.Molin.de Hispan. primog. lib.2. c 13. n.36.Boer.de auctoritat.magni consilij, nu.163. y son palabras de encomienda,quæ non obligãt l.sciendum 19.ff.de ædil.ædict.y no porque sean de persona que està cercano a la muerte prueuá cosa alguna,l si quis in graui,§.si quis moriens,ff. ad Senat.Consult.Sillan. Y aunque concedieramos,que era confession de la deuda expressamẽte hecha(quod negatur)no prueua en perjuyzio de los hijos,l.qui testamẽtum,ff.de probat.l.Lutius

tius Litius la 2.§ quisquis,ff.de legat. 2. vbi gloſ. Bart.in l cum quis decedens,§.codicillis, ff.de legat.3.n.4.l.19.tit.9.par.6. Ant.Gomez,var.tom. 1.c.12.n.81. y aunque la confeſsion fueſſe jurada,Dom.Couarr.var.lib.2.c.14.n.1.Ioan. Gutier. practic.lib.5.q.96.n.3.& de iuram.confirm. 1.p. c.5.n.21.& 22. y menos les prejudicara en fuerça de legado,per d.l.Lutius Titius, §.quisquis, ff.de legat.2. Porque dexando hijos herederos forçoſos,era neceſſario para que valieſſe en fuerça de legado, (quando huuiera, que no ay confeſsion expreſſa dello) que ſe verificara cabia en el quinto,pues fuera del no ſe puede grauar a los hijos, l.28.Taur.l.12.tit.6.lib 5.Recop. Mayormente q̃ quando fuera declaracion expreſſa, ſeria hecha entendiendo tenia obligacion alguna para la fiãça,y no auiendola,como ſe ha fundado, contendria cauſa falſa,que a conocerlo no lo declarara, & ita nihil prodeſt l.fin.ff.de hæredib.inſtituend. y aſsi parece no ay eſtoruo a los funbamentos referidos.

58 ¶ En el n.6.7.y 8.pretende el Abogado contrario fundar,que por ſer Antonio Ximenete eſcriuano,no gozò de el priuilegio de labrador, fundado en el lugar de Collantes,al qual,y razones en q̃ ſe funda eſtà baſtantemente ſatisfecho ſupra à n.41.vſque ad 47.y la cauſa en que ſe funda la nueua prematica en fauor de los labradores,no es en ſu ruſticidad,como en el n.8. pretẽde fundar el Abogado contrario, ſino en la conſeruacion y aumento de la labor,como la miſma prematica lo declara,y ſe fundò ſup.n.47. Y aun que en el n 7.in fin.el Abogado contrario trae a Ignacio del Villar in reſpòſ.16.c.1.n.36.y 37. para prouar,que no labrando el labrador por ſu perſona,no ha de gozar de los priuilegios de la prematica,no lo dize,ſino lo contrario,reprouando a Collantes,como ſe manifieſta en el miſmo lu-

gar

gar que se alega, y se refirio sup. n. 42.

59 ¶ En el n. 9. y 10. pretende fundar el Abogado contrario, que por auer Antonio Ximenete recibido interes por la fiança, no puede aprouecharse del priuilegio de labrador, a lo qual, y lugares en que lo funda se satisfizo supra à nu. 49 vsque ad 54.

60 ¶ Desde el n. 18. hasta el fin de la informacion se vale el Abogado contrario de la declaracion que en el testamento hizo Antonio Ximenete, a la qual se ha satisfecho sup. nu. 57. y a la glos. de la l. sæpe audiui 8. verb. *necessitatem*, ff. de officio Præsidis, que se trae para prouar, que semejantes palabras como las de la declaracion induzen necessidad. Se responde, que lo contrario es resolucion textual, l. cum Pater 77. §. mando, ff. de legat. 2. l. fideicommissa 11. §. *si ita quis scripserit*, ff. de legat. 3. y la glos. habla en caso de palabras preceptiuas, vt ait Bart. in d. l. sæpe audiui, & in l. peto, n. 4 ff. de legat. 2. Y qualesquiera dudas en esto cessan, considerando, que ni por prouança, ni legado prejudican a los hijos las dichas palabras, vt sup. nu. 57. satis dictum extat.

Conque parece quedan sin oposicion los fundamentos de la justicia de doña Maria de Velasco y sus hijos, para que se determine en su fauor: Salua V. D. C.

El Licenciado Baltasar de Villanueua.

porque se pusiera en la escritura; y pues no se expressò en ella, es euidencia, que no se tratò, ad regulam textus in l. vnica, §. sinautem ad deficiétis, C. de caduc. tollend. cap. ad audientiam de decimis, cap. intercorporalia, ibi: *Vnde si circa translationem idem fieri voluißet, quod de cesione dixerat, & de translatione poterat exprimere*, de translat. Episc. multa ad comprobationem more suo, cumulat Domin. Don Ioan del Castillo lib. 4. controu. c. 14. à princ.

15 ¶ Y quando este trato y entrego fuesse cierto, y estuuiera verificado con testigos plenamente (quod negamus) que importaria para la via executiua? Nihil certe, porque esta solo compete por el contrato comprehendido en el instrumento, y pues aquel no se expressa en la escritura que se executa, antes es diuerso del que declara, aunque estuuiera verificado con prouança cõcluyente, no se pudiera executar, cum executio virtute probationis, quantumvis liquidissimę minime competat, glos. in l. sed si possessori, §. fin. ff. de iur. iurand. verb. *probatum esset*. Bald. in l. 1. C. de execut. rei iudicat. Azebed. in l. 5. nume. 7. titu. 21. lib. 4. recopilat. cum alijs, Parlador. lib. 2. rer. quotidianar. cap. fin. 1. par. §. 5. à num. 14. Rodriguez de execut. cap. 1. artic. 2. nume. 16. quia leges Regiæ, tit. 21. lib. 4. recopilat. hoc executionis ius instrumentis, quæ enumerant, solũ tribuunt, & probationi numquam concedunt. Y con la prouança referida no se pretende prouar, ni liquidar condicion, o calidad del contrato, sino que interuino otro diuerso del que comprehende la escritura, como de lo referido se manifiesta, quare prędicta induvitanter procedunt.

16 ¶ Sin embargo que las razones referidas confirman suficientemente este fundamento, se hara clara demonstracion; como padece otros defectos esta execucion, por no auerse verificado

algu-

algunos requisitos precisos, para que se pudiera
hazer.

17 ¶ El primero, que Iorge Coxin se fue y
ausentò de la carcel donde estaua preso, sin em-
bargo que puso en su custodia la diligencia ne-
cessaria, assi por estar la fiança hecha con esta cõ
dicion: y solo para este caso, como se fundò supra
num. 11. 12. & 13. como porque siempre se pre-
sume, que por culpa, y negligencia del Alcay-
de se van los presos, por su mala custodia, y lo cõ
trario lo ha de prouar, l. fin §. ergo, ff. de custod.
reorum, l. 12 tit. 29. par. 7. vers. *La tercera.* Boer.
decis. 216. per totam, vbi plurimos, & plurima re
fert ad comprobationẽ: y en este caso no ha veri
ficado Francisco Sanchez de Pradena, que se fue
de la carcel Iorge Coxin sin culpa suya, porque
puso en su guarda toda diligencia. Y assi presu-
miendose contra el, conforme està dicho, vẽdra
a lleuar emolumento de su negligencia, satisfa-
ziendose de los fiadores del hecho que sucedio
por su culpa, contra regulam iuris probatam in l.
in fundo, ff. de rei vindicat. l. itaque fullo, ff. de fur
tis, cap. cognoscentes, de constitut. y no le escusò
desta guarda la fiança hecha por Antonio Xime
nete, porque esta fue para que lo dexasse andar
sin grillos en la carcel, y que no se yria della aun-
que la hallasse abierta: mas por esso no se ha de
entẽder, que no auia de guardarlo, ni que le auia
de dexar la puerta abierta, quebrantando las o-
bligaciones de su oficio, porque de esto se presu-
me muy gran culpa y dolo contra el Alcayde,
Boer. decis. 217. num. 10. ibi: *Aliàs autem vbi esset*
in notabili negligentia ostium dimittendo apertum, aut
more solito non claudendo, tenebitur parti totum soluere
debitum, & damnum, quod passus fuit, l. si vt certo, §. si
me rogaueris, ibi: Nisi fugæ præstitit culpam, ff. commo
dati, l. fin. in fin. ff. de custod. reor. l. ad commentariensem
C. eodem. Y assi aunque por las palabras de la fian